

夫婦の氏に関する覚書(2):法史学的考察

著者	近藤 佳代子
雑誌名	宮城教育大学紀要
巻	50
ページ	317-328
発行年	2016-01-29
URL	http://id.nii.ac.jp/1138/00000495/



夫婦の氏に関する覚書(二)

— 法史的考察 —

目次

はじめに

一 明治初年の氏

二 明治民法の編纂と夫婦の氏(以上第四九卷)

三 戦後の民法改正と夫婦の氏

おわりに(以上本巻)

三 戦後の民法改正と夫婦の氏

(一) 戦後改革と夫婦の氏

1 「家」制度の廃止

一九四五年八月、日本はポツダム宣言を受諾して敗戦を迎えた。一九五二年の講和条約発効まで、日本は連合国の占領下に置かれることになった。占領体制の下、諸制度の民主的改革が進められた一九四五年一二月の衆議院議員選挙法改正により婦人参政権が確定し、翌四六年の総選挙で三九人の女性議員が誕生、そして、女性議員が初めて審議に参加した第九〇帝国議会で日本国憲法(新憲法)が成立した。婦人参政権の実現は、GHQ(連合国総司令部)の改革方針に沿ったものであるが、明治以来展開されてきた婦人参政権運動の成果でもある。

国民主権を謳った新憲法は、第二四条で、夫婦の同権・個人の尊厳・両性の平等を定め、また、第一四条で、法の下の平等の原則を宣言した。戸主と家族、夫婦、男女それぞれの間の不平等を規定していた明治民法の家族法

* 近藤 佳代子

は、新憲法の問題と明らかに矛盾するものであった。民法改正作業は憲法改正作業と並行して進められたが⁽¹⁾、憲法施行に間に合わなかったため、一九四七年四月一九日、民法改正までの応急的措置として「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律」全一〇箇条が制定され、民法の「家」や夫婦不平等の規定等が否定された。そして、同年二月二日には、「民法の一部を改正する法律」(法律第二二二号)が公布され、翌四八年一月一日に施行された。これにより、親族編・相続編は全面改正され、総則編の妻の無能力に関する規定も削除されて、「家」制度の廃止、夫婦の同権が実現した。民法の冒頭に、民法全体を貫く指導原理の一つとして、個人の尊厳と良性の本質的平等が掲げられたことも、注目すべきである。また、刑法も部分改正がなされ(一九四七年)、夫婦不平等な姦通罪の規定が削除された。

「家」制度の廃止により、「家」の氏もなくなった。しかし、氏自体が廃止されたわけではない。氏は「個人の呼称」として⁽²⁾維持され、夫婦の氏は、親族編第二章「婚姻」第二節「婚姻の効力」の冒頭に規定されることになった⁽³⁾。次の通りである。

第七五〇条 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する

夫婦同氏制は維持された。しかしそれは、明治民法における「家」の氏による統一の結果としての夫婦同氏制から、婚姻の効力としての夫婦同氏制へと転換した。婚氏として、夫又は妻の氏を選択できるが⁽⁴⁾、どちらか一方に統一しなければならない。従って、夫婦同氏強制の制度が採用されたといえる。

* 社会科教育講座

「家」制度の廃止により戸籍法も全面的に改正され（一九四七年）、民法と同時に施行された。新戸籍法は、「夫婦及びこれと氏を同じくする子」を編製の単位とし（第六条）、三世代戸籍を否定した。

しかし、「家」イデオロギーは、戦前の天皇制国家の支配体制の支柱であったので、「家」制度の廃止には強い抵抗があった⁽⁵⁾。それとの妥協の結果、「家」制度の廃止には不徹底な側面が残った。

2 「家」制度廃止の不徹底

改正民法は、制度上の「家」を廃止したが、親族間の扶け合いの義務や（第七三〇条）、また、祭祀財産の特別承継（第八九七条）、祭祀財産と氏との結びつき（第七六九条、第七七一条、第八一七条）、成年者養子の容認⁽⁶⁾等、「家」の観念を温存するような規定を残した。民法から「家」という文字は消えたが、「氏」（および戸籍）の制度により、「家」意識は温存された⁽⁷⁾のである。

(1) 祭祀財産の承継と氏との結びつき

まず、祭祀財産の承継と氏との結びつきについて検討しよう。

「家」制度の廃止により家督相続も廃止されて、相続は財産相続に一本化された。相続人は、被相続人の①直系卑属（親等の近い者が先順位。第八八七条）⁽⁸⁾、②直系尊属（親等の近い者が先順位。第八八九条）、③兄弟姉妹（第八八九条）で、この順位に従い相続人となる。明治民法の「遺産相続」では第二順位であった「配偶者」は、常に相続人となることが定められ（第八九〇条）、血族相続人がいる場合は、同順位で相続することになった。また、「戸主」に代わり「兄弟姉妹」が相続人に掲げられた。長子単独相続は姿を消した⁽⁹⁾。

他方、改正民法は、次のように、祭祀財産の特別承継の規定をおいた。

第八九七条 系譜、祭具及び墳墓の所有権は、前条の規定にかかわらず、慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者がこれを承継する。但し、被相続人の指定に従って祖先の祭祀を主宰すべき者があるときは、その者が承継する。

2 前項本文の場合において慣習が明らかでないときは、前項の権利を承継すべき者は、家庭裁判所がこれを定める。

祭祀財産すなわち、「系譜、祭具及び墳墓」の所有権は、明治民法においては、「家督相続ノ特権ニ属ス」（第九八六条）とされていたものである。改正民法は「家」制度を廃止し、単独相続制も廃したが、祭祀財産については相続財産から除外し、「祖先の祭祀を主宰すべき者」が、単独で、承継すると定めた。祭祀承継者は、①被相続人の指定、②慣習、③家庭裁判所の審判によって決定される。

そして、祭祀財産の承継について、氏の同一性を前提とする規定がおかれたのである。

第七六九条 婚姻によって氏を改めた夫又は妻が、第八百九十七条第一項の権利を承継した後、協議上の離婚をしたときは、当事者その他の関係人の協議で、その権利を承継すべき者を定めなければならない。

2 前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、前項の権利を承継すべき者は、家庭裁判所がこれを定める。

この規定は、裁判離婚による復氏（第七七一条）、婚姻の取消による復氏（七四九条）、生存配偶者の復氏及び姻族関係の終了⁽¹⁰⁾（第七五一条）、離縁による復氏（第八一七条）、縁組の取消による復氏（第八〇八条第二項）の場合に準用される。

「家」という文字は見当たらないが、離婚等により「家」を去った者には、その「家」の祭祀財産に対する権利は認めないという考えが反映されているような規定である。

(2) 戸籍制度の存続

新戸籍法は、編製単位を「夫婦及びこれと氏を同じくする子」（第六条本文）とし、三世代同籍を否定した。しかし、家族単位の戸籍による国民把握という点は維持され、個人単位の身分登録制度は採用されなかった。

そして、同氏同籍の原則が採られたことは、「家」観念の維持に繋がった。

また、個人単位ではないので、記載順序の定めもある。婚姻により、新

戸籍が編製されるが（第一六条第一項本文）、夫の氏を称する婚姻の場合は夫が、妻の氏を称する婚姻の場合は妻が、戸籍筆頭者となる（第一四条第一項）。多くの婚姻において夫の氏が婚氏として選択されているので、夫が戸籍筆頭者である夫婦が大半を占める。筆頭者は戸主とは異なるが、単に筆頭に記載される者、という意味しか持たないという訳ではない。例えば、戸籍筆頭者が養子縁組により養親の氏を称することになった場合、他の構成員も連動して氏が変動する。これに対し、配偶者が養子縁組をして養子となっても、養親の氏への変更はない（民法第八一〇条）。また、戸主権のような法的権限を持つものではないが、家長的な意識が払拭されているとはいえない。

このように、戦後改革により、氏は、「家」の氏から「個人の呼称」へと変化した。夫婦同氏、親子同氏、祭祀財産の承継と氏との結びつき、戸籍制度及び同氏同籍の維持などから、氏は、「個人の呼称」に徹しきれず、「家」意識を温存するものとなっている。

（二）その後の改正

1 離婚の際の婚氏統称容認

「家」の氏の廃止により、夫婦の氏は「婚姻の効力」に場所を移し、夫婦同氏制が規定された。婚氏としては夫または妻の氏を選択できることになったが、どちらか一方は氏を改めなければならない。その婚姻が解消されたとき、婚姻によって氏を改めた配偶者の氏はどうなるのだろうか。

民法は、死亡による解消については、「夫婦の一方が死亡したときは、生存配偶者は、婚姻前の氏に復することができ。」と規定した（第七五一条第一項）。復氏は、生存配偶者の自由に任せられる。また、姻族関係の終了とも連動しない。

しかし、離婚による解消の場合は、民法は、復氏強制を定めた。すなわち、

第七六七条 婚姻によって氏を改めた夫または妻は、協議上の離婚によって婚姻前の氏に復する。

第七七一条 第七六六条から第七六九条までの規定は、裁判上の離婚に

準用する。

離婚に際して復氏するのは当然と考えられたのである⁽¹⁾。

明治民法においては、氏は家籍によって定まった（第七四六条）。婚姻によって婚家に入った者は、離婚すれば実家に復籍するので（第七三九条）、当然実家の氏に復した。民法改正時、「家」制度廃止に拘わらず、婚姻や離婚における家籍変動の考え方が払拭されていなかったといえるであろう。改正後の戸籍も、原則として、婚姻前の戸籍に復籍するものとされている（戸籍法第一九条本文）。

婚姻に際しての婚氏の選択は、形式的に夫婦平等であるが、夫の氏を選択するのが当然という意識が根強く、現実には大半の夫婦が夫の氏を婚氏としている。従って、氏変更の負担は主に女性が負うことになる。女性の社会進出の拡大に伴い、婚姻及び離婚による氏の変更を不都合とする声が主として女性から上がってきた。

離婚による復氏強制の制度は、とりわけ社会的活動を行う女性にとつて、不利益をもたらす。また、離婚後、母に養育される子と母との氏が異なることになる。これらへの配慮から、夫婦の氏に関しては、まず、復氏強制の制度が見直されることになった。

一九七六年、第七六七条に第二項を追加する改正が行われた。次の通りである。

前項の規定によって婚姻前の氏に復した夫又は妻は、離婚の日から三箇月以内に戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、離婚の際に称していた氏を称することができる。

これによって、離婚による復氏を原則としながら、離婚復氏者に、「離婚の際に称していた氏」＝婚姻中の氏（婚氏）を称する自由が認められることになった。この制度は、一般に「婚氏統称」と呼ばれる。婚姻のいわば「出口」における氏の選択を認めるものであるが、もう一步進めて、婚姻の「入り口」で、別氏制を認めるべきであるとの声があった。

次の見直しは、国際結婚の場合について、夫婦同氏を認める方向で行われることになる。

2 国際結婚の場合

夫婦同氏は日本人同士の婚姻に適用されるものであり、国際結婚の場合は適用されない。外国人との婚姻の場合、夫婦の新戸籍が編製される訳ではない。戸籍で把握されるのは日本人のみだからである。日本人配偶者については、戸籍の変動も氏の変動もなく、戸籍の事項欄に、婚姻した旨が記載されるだけであった。つまり、外国人との婚姻の場合は、日本人同士の婚姻の場合とは逆に、夫婦別氏（強制）となるのである。

一九八四年の、戸籍法第一〇七条の改正は、外国人配偶者の氏への変更を望む日本人配偶者に、届出のみで変更を可能とする道を開いた。この改正は、「涉外婚姻の増加等の実情にかんがみ、及び昭和五十五年七月十七日に我が国が署名した女子に対する差別の撤廃に関する条約の批准に備えるため」⁽¹²⁾に行われた、国籍法及び戸籍法の一部改正によるものである（昭和五十九年法律第四五号「国籍法及び戸籍法の一部を改正する法律」）。この法律により、日本人配偶者の戸籍についても、「日本人と外国人との婚姻の届出があつたときは、その日本人について新戸籍を編成する。」（戸籍法第一六条第三項本文）と改正され（第一六条に第三項を追加）、あくまでも、夫婦ではなく日本人配偶者についてであるが、新戸籍が編製されることになった。

第一〇七条の改正について見ていこう。第一〇七条は、氏名の変更手続（第一項 氏の変更、第二項 名の変更）を定めていたが、改正法は、名の変更の規定をそのまま「第一〇七条の二」として独立させ、第一〇七条は氏の変更のみを規定することとした。第二項は次のように改められ、新たに第三項、第四項⁽¹³⁾が加えられた。

第二項 外国人と婚姻をした者がその氏を配偶者の称している氏に変更しようとするときは、その者は、その婚姻の日から六箇月以内に限り、家庭裁判所の許可を得ないで、その旨を届け出ることができる。

通常は、氏を変更するには家庭裁判所の許可を要するが（第一〇七条第一項）、外国人と結婚した者が外国人配偶者の氏に変更したいときは、裁判所の許可を要せず、届出だけで変更することを認めたのである。これにより、「夫婦同氏」が可能となるが、婚姻の効果としての氏の変動ではなく、

日本人配偶者の自由意思による「氏の変更」である。従って、婚姻を解消しても「復氏」しない。元の氏に戻りたいときは、再度、氏変更の手続きが必要となる。同条第三項は、その場合の手続を規定したものである。

第三項 前項の規定によつて氏を変更した者が離婚、婚姻の取消し又は配偶者の死亡の日以後にその氏を変更の際に称していた氏に変更しようとするときは、その者は、その日から三箇月以内に限り、家庭裁判所の許可を得ないで、その旨を届け出ることができる。

この場合も、三箇月以内に限り、裁判所の許可を要せず届出だけで元の氏に変更することが認められている。

このように、国際結婚の場合には、それまでの夫婦別氏制から、夫婦同氏を認める方向での同氏別氏選択制が導入されたことになる。それならば、同氏が強制される日本人同士の婚姻においても選択制を認めるべきではないか。別氏容認要求の声は更に高まったが、別氏選択を認める民法改正は進まなかった。

法改正が進まない中で、旧姓使用承認は、改姓を望まない人々にとつては次善の策と言える。しかし、旧姓使用も、当然に認められた訳ではなかった。

(三) 旧姓使用を巡って

国立大学教授が、大学当局より旧姓使用を妨害され続けたため、訴訟に踏み切った事例を検討しよう。

Xは、一九六六年に夫の氏を婚氏とする婚姻届出をしたが、婚姻後も、日常生活においても研究・教育活動においても、婚姻前の氏（関口）を使用してきた。一九八二年に図書館情報大学図書館情報学部助教授に就任し、一九八五年に同学部教授に昇任している⁽¹⁴⁾。就任に際してXは、「『関口』は通称であり、戸籍の名は別であることを告げ、『関口』を用いたいのでよいかを確かめ、快諾を得て就任を決心」したという⁽¹⁵⁾。しかし、就任後、大学側は戸籍名の使用を要求し、「関口」姓を使用して研究・教育活動を行うことを希望するXとの間に、紛争が絶えなかった。Xは、一九八八年、Y₁（Y₁国、Y₂学長、Y₃事務局長、Y₄庶務課長）に対し

て、氏名権侵害妨害排除等請求訴訟を提起した。Y₁に対して、人格権に基づく妨害排除（予防）として、Xの氏名を戸籍名で取り扱うことの差止め（旧姓名使用の義務づけ）を、Y₁らに対して、戸籍名を強制する行為によって被った損害（研究のための経費立替、精神的苦痛に対する慰謝料等）賠償を請求するものである。

東京地裁一九九三年一月一九日判決⁽¹⁶⁾は、次のような理由を挙げ、差止（義務づけ）請求を却下、損害賠償請求を棄却した。

国家公務員の任用関係においては、……公務員の同一性を把握することが必要不可欠である。

しかして、我が国においては、……戸籍法に基づく戸籍が精緻に編製されており、そこには個人の公証力ある氏名として戸籍名が記載されている……しかも、法律上保護されるべき重要な社会的基礎を構成する夫婦が、同じ氏を称することは、主観的には夫婦の一体感を高める場合があることは否定できず、また、客観的には利害関係を有する第三者に対し夫婦である事実を示すことを容易にするものといえるから、夫婦同氏を定める民法七五〇条は、合理性を有し、何ら憲法に違反するものではない。

したがって、個人の同一性を識別する機能において戸籍名より優れたものは存在しないものというべきであるから、公務員の同一性を把握する方法としてその氏名を戸籍名で取り扱うことは極めて合理的なことというべきである。

そうであれば、本件取扱文書に定める基準は公務員の同一性を把握するという目的に配慮しながらも、他方、研究、教育活動においては原告が以前から使用してきた氏名である「関口礼子」を表示することができるといっても配慮されたものであり、その目的及び手段として合理性が認められ、何ら違法なものではないというべきである。（中略）

通称名であっても、個人がそれを一定期間専用し続けることによって当該個人を他人から識別し特定する機能を有するようになれば、人が個人として尊重される基礎となる法的保護の対象たる名称として、その個人の人格の象徴ともなりうる可能性を有する。しかしながら、……公

務員の服務及び勤務関係において、婚姻届出に伴う変動前の氏名が通称名として戸籍名のように個人の名称として長期間にわたり国民生活における基本的なものとして根付いているものであるとは認めることができず、また、右通称名を専用することは未だ普遍的とはいえず、個人の人格的生存に不可欠なものということではない⁽¹⁶⁻¹⁾。

判決は、「公務員の同一性を把握することが必要不可欠であり、「同一性を識別する機能において戸籍名より優れたものは存在しない」と述べているが、国家公務員がすべて、戸籍名使用を強制されていた訳ではなく、婚姻改氏後も、旧姓使用を認められていた事例は存在した⁽¹⁷⁾。

判決は、「本件取扱文書に定める基準」が、研究、教育活動において通称名を表示できるよう配慮されているとする。「本件取扱文書」というのは、一九八七年に大学が作成した文書である。この文書が通称名を使用できるとしているのは、研究報告、著書、論文等であり、例えば、科学研究費補助金の申請書類等については認められていない。また、「授業の実施、単位の認定、指導教官等に関する書類等」は、戸籍名によらなければならないものに分類されている。従って、研究、教育活動において通称名を表示できるよう配慮されているということはできないであろう。

判決が、通称名であっても、一定期間専用し続けることにより法的保護の対象となりうるとしつつ、旧姓を通称名として「専用することは未だ普遍的とはいえず、個人の人格的生存に不可欠なものといえることはできない」としている点について、水野紀子氏は、「日本人既婚女性が『普遍的』に旧姓を通称名とするまでは、旧姓の通称名は氏名権としての保護を受けないという趣旨であるのなら、それはまったく権利としては認めていないことと同義である。」と批判している⁽¹⁸⁾。

Xは、判決を不服として東京高裁に控訴した。そして、一九九八年三月、東京高裁において、旧姓の一部使用を認めることで和解が成立した。

この事件をきっかけに、二〇〇一年七月一日、「国の行政機関での職員の旧姓使用について各省庁人事担当課長会議申合せ」が行われた。その内容は、

各府省は、職員から旧姓使用の申出があった場合、職場での呼称、座席

表、職員録、電話番号表、原稿執筆、人事異動通知書、出勤簿、休暇簿に旧姓の記載を行うこととする。各府省の判断により、これら以外の文書等に旧姓使用の範囲を拡大することができる。

各府省は、人事担当課等の職員を「旧姓使用担当相談官」に任命する。

二〇〇一年一〇月一日より実施する。
というものである。

各府省は、これに沿った手続を定めるとともに、関係機関に対して、速やかに措置を講じるよう通知を出した。文部科学省の場合、九月二十八日に「人事課長決定」として手続が定められ⁽¹⁹⁾、各国立学校長はじめ関係機関に通知された。

こうして、二〇〇一年一〇月一日より、国の行政機関全般で、職員の旧姓使用が認められることになった。しかし、問題の根源は、同氏強制（夫婦の一方の強制改氏）を規定する民法七五〇条にある。一九九一年、法制審議会、夫婦同氏強制の見直しを開始した。

(四) 選択的夫婦別氏制の導入へ

一九七九年の第三四回国連総会において、「女子差別撤廃条約」（女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約）が採択され一九八一年に発効、我が国は一九八五年六月に批准した（同年七月に発効）。男女の完全な平等の達成に貢献することを目的として、女子に対するあらゆる差別を撤廃することを基本理念とする本条約は、締約国に対し、政治的及び公的活動、並びに経済的及び社会的活動における差別の撤廃のために適当な措置をとることを求めている。婚姻制度等に関する民法改正の検討は、「女子差別撤廃条約」の締結を受けて行われた法制度の見直しの一環として開始した。民法改正に直接に関わるのは、第一六条である⁽²⁰⁾。

第十六条

1 締約国は、婚姻及び家族関係に係るすべての事項について女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。

(a) (f) 略

(g) 夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む。）
(以下略)

一九九一年一月、法制審議会民法部会身分法小委員会において、婚姻法および離婚法の見直しのための検討作業が開始された。審議の内容は、九二年一二月「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」⁽²¹⁾、九四年七月「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」⁽²²⁾、九五年九月「婚姻制度等の見直し審議に関する中間報告」⁽²³⁾によって公表され、一般からの意見が求められた。更なる審議を経て、一九九六年一月一六日、法制審議会民法部会において「民法の一部を改正する法律案要綱案」⁽²⁴⁾が決定され、総会での審議の結果、「民法の一部を改正する法律案要綱」⁽²⁵⁾が成立した（一九九六年二月二六日法制審議会総会決定）。

夫婦の氏については、要綱第三にまとめられた。次のとおりである。

第三 夫婦の氏

一 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする。

二 夫婦が各自の婚姻前の氏を称する旨の定めをするときは、夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならないものとする。

要綱は、選択的夫婦別氏制を導入した。すなわち、夫婦同氏又は別氏の選択容認である。同氏を希望する夫婦は、現行どおり、夫の氏又は妻の氏を選択するものとし、夫婦ともに改氏を望まない場合は、「各自の婚姻前の氏を称する」ことを認めた。同氏強制が改められることになる。

他方、別氏夫婦の子の氏は、統一される。別氏を選択する夫婦は、婚姻の際に、子の氏を夫の氏とするか妻の氏とするか決定しなければならない。決定しなければ、婚姻届は受理されない。夫婦の氏に代わり、子の氏について、夫の氏又は妻の氏を選択することが「強制」されることになるのである。婚姻しても子が生まれるとは限らないが、婚姻の際に、子の氏を決定しておかなければならない。高齢者の婚姻の場合にも、子の氏を定めなければ婚姻届が受理されない。

子の氏については、統一すべきであるという意見と、子が生まれたときに決めれば良い、子の氏を統一する必要はない、といった意見が対立していた。一九九四年の「改正要綱試案」では、これらの意見を反映して、実子の氏の決定は子の出生の際に父母の協議で行い、複数の子が生まれた場合に相互の氏が異なることを認めるという案も提示された（B案）。しかし、一九九五年の「中間報告」ではこの案は採用されず、「別氏夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻のいずれかの氏を、子が称する氏として定めなければならないものとする。」となっている。

別氏夫婦の子の氏に関しては異論を残しつつも、まずは、夫婦別氏制導入へ一歩踏み出すことになった。

法制審議会は、「民法の一部を改正する法律案要綱」を法務大臣に答申し、これを受けて、法務省は、開会中の国会に民法改正案を提出する準備に入った。この国会で婚姻制度等に関する民法改正が実現する筈であった。しかし、政府内部から、主として選択的夫婦別氏制の導入に対して強く反対する声が上がった⁽²⁶⁾、改正案は国会上程にも至らなかった。その後政府からの改正提案はなされず、野党からは議員立法として改正案が提出されているものの、いずれも廃案となっている。

二〇〇〇年一月二月、政府は、男女共同参画社会基本法（一九九九年法律第七八号）に基づく最初の男女共同参画基本計画⁽²⁷⁾を定めた（二〇〇〇年一月二二日閣議決定）。その中で、「家族に関する法制の整備」として「男女平等等の見地から、選択的夫婦別氏制度の導入や、再婚禁止期間の短縮を含む婚姻及び離婚制度の改正について、国民の意識の動向を踏まえつつ、引き続き検討を進める」ことが明記されている。

また、二〇〇一年一〇月に、男女共同参画会議基本問題専門調査会が公表した「選択的夫婦別氏制度に関する審議の中間まとめ」⁽²⁸⁾は、世論の変化や、選択的夫婦別氏制度が導入されていないことによる不利益、子どもへの影響等について検討した上で、「当専門調査会は、個人の多様な生き方を認め合う男女共同参画社会の実現に向けて、婚姻に際する夫婦の氏の使用に関する選択肢を拡大するため、夫婦が同氏か別氏かを選択できる選択的夫婦別氏制度の導入が望ましいと考える。……当専門調査会としては、選択的

夫婦別氏制度を導入する民法改正が進められることを心から期待するものである」と結論づけている。

更に、二〇一〇年一月二七日に閣議決定された第三次男女共同参画基本計画⁽²⁹⁾は、男女共同参画の視点に立った社会制度・慣行の見直しのための具体的施策の一つとして、「夫婦や家族の在り方の多様化や女子差別撤廃委員会の最終見解も踏まえ、婚姻適齢の男女統一、選択的夫婦別氏制度の導入等の民法改正について、引き続き検討を進める。また、再婚の増加等に伴う家族の在り方の多様化、少子化など時代の変化等に応じ、家族法制の在り方等について広く課題の検討を行う。」ことを掲げた。

このような提言にもかかわらず、民法改正は停滞したままである。

（五）別姓訴訟

こうした状況の中で、二〇一一年に、民法七五〇条が憲法および女子差別撤廃条約違反であるとし、同条の改正を怠った立法不作為は国家賠償法上違法な行為に該当するとして慰藉料を請求する訴訟が、東京地裁に提起された⁽³⁰⁾。

前述の、旧姓使用を巡る訴訟は、民法七五〇条による同氏強制が問題の根源ではあるが、同条の合憲性を争った事件ではなく、氏名保持権（通称名使用の権利）の侵害妨害排除を求めたものであった。これに対し、本訴訟は、同条の合憲性を、正面から争うものである。

訴えを提起したのは、婚姻以来、生来の氏を維持するか、法律婚をするかという葛藤を抱えてきた五名で、婚姻後も通称の氏として婚姻前の氏を使用する人、生来の氏を維持するため、子の出生の都度、婚姻や便宜的離婚を繰り返し、最終的には離婚届を出さずに通称を使用している人、氏名の一貫性の必要からやむを得ず便宜上の離婚をした後、再び婚姻届出をしようとしたが、婚姻後の氏の欄に、「夫の氏」「妻の氏」の両方にチェックをしたため、夫婦の氏が選択されていないことを理由として不受理となった人たちである。

原告らの請求の骨子は次の通りである。法律婚を希望するがいずれも氏の変更を望まない男女は、民法七五〇条の夫婦同氏強制により、いずれか一

方が氏の変更を強制されて法律婚をするか、あるいは法律婚をあきらめることになり、「氏の変更を強制されない自由」又は「婚姻の自由」のいずれかの放棄を迫られることになる。従って、民法第七五〇条は、①憲法第一三条が人格権として保障している「氏の変更を強制されない自由」を侵害し、②憲法第二四条第一項が保障する「婚姻の自由」を侵害し、③憲法第二四条第二項が保障する「両性の本質的平等」の権利に立脚しない立法である。さらに、④女子差別撤廃条約は一九八五年に発効し、憲法第九八条第二項によって国内的効力を有するが、民法第七五〇条は、女子差別撤廃条約第一六条第一項(b)⁽³¹⁾及び(g)に違反する。これらが明白であるにもかかわらず、国会は長期にわたって立法措置を怠ってきたことから、当該立法不作為は国家賠償法第一一条第一項の違法な行為に該当する。

これに対して、東京地裁は、民法第七五〇条の合憲性を審査しないまま、原告らの請求を棄却した(東京地裁二〇一三年五月二九日判決)⁽³⁰⁾。

判決は、国家賠償法第一一条第一項は、公務員が職務上の法的義務に違反して国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する義務を負うことを規定するものであり、国会議員の立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。立法不作為は、国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合に、例外的に、違法の評価を受けるものだと、原告らが主張する「自由」が憲法上保障されている権利であるかどうかの検討をする。

①まず、憲法第一三条との関係については、次のように判断した。

仮に民法七五〇条を改廃しないことが憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法不作為が直ちに国家賠償法第一一条の規定の適用上、違法の評価を受けるものではなく、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したというためには、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が憲法上保障されており、その権利行使のために選択的夫婦別氏制度を採用することが必要不可欠であって、それが明白であり、国会議員が個別の国民に対し選択的夫婦別氏制度についての立法をするべき職務上の法的義務を負っていたにもかかわらず、国会が正当な理由なく

長期にわたってこれを怠っているといえる場合であることを要するものというべきである。

氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するものというべきであり、氏名を他人に某要されない権利・利益があり、性格に呼称される利益があるといえる。……しかし、人格権の一内容を構成する氏名について、憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であることを基礎づける事実は見当たらず、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利が憲法一三条で保障されている権利に含まれることが明白であるということとはできない。

②次に、憲法第二四条との関係については、

憲法二四条……の趣旨は、……憲法一三条における個人の尊重と憲法一四条における平等原則とを家族生活の諸関係に及ぼすものであって、家族に関する諸事項について憲法一四条の平等原則が浸透していなければならぬことを立法上の指針として示したものとみることができから、憲法二四条が、具体的な立法を待つことなく、個々の国民に対し、婚姻に際して婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利を保障したものであることができない。

と述べ、「婚姻の自由」の侵害という論点については判断していない。

更に、女子差別撤廃条約については、

民法七五〇条を改廃しないこと自体が条約の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法不作為が直ちに国家賠償法第一一条の規定の適用上、違法の評価を受けるものではない(く)……条約を根拠として、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したというためには、婚姻に際して婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利が、同条約により、直接、我が国の個々の国民に対し保障されている場合であって、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠っているといえることを要するものというべきである。

とし、まず、女子差別撤廃条約が、国民に対し直接権利を保障しているといえるかについて検討する。そして、

女子差別撤廃条約一六条一項(b)及び(g)が、我が国の個々の国民に対し、直接権利を付与するものとはいえず、また、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利を保障するものであるともいえないから、いづれにしても、その余の点について判断するまでもなく、女子差別撤廃条約を根拠とする原告らの請求は理由がない。

として、原告らの主張を退けた。

以上のように判断して、判決は、原告らの請求を棄却した。しかし、判決は、原告らが主張していない「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利」が憲法上保障されているかどうかを検討し、それを否定した。原告らが主張したのは、「氏の変更を強制されない権利」、すなわち、自己の意思に反して氏を奪われない権利である。判決は、原告が主張した「氏の変更を強制されない権利」も、「婚姻の自由」も検討することなく、「憲法を根拠とする原告らの請求は理由がない。」として退けたのである。

原告らは、判決が不当であるとして、東京高裁に控訴した。東京高裁も、「控訴人らの請求は、いずれも理由がないものと判断する。」として、控訴を棄却した（東京高裁二〇一四年三月二八日判決³²）。

判決は、「『国会議員の立法行為又は立法不作为につき、国家賠償法一条一項に基づく国の損害賠償責任を認めるためには、『国民に憲法上保障されている権利』の存在が不可欠の前提となる」として、控訴人らが主張する権利が、国民に憲法上保障されている権利であるか、さらに、国民に条約上保障されている権利であるか否かを検討する。

まず、憲法一三条と「氏の変更を強制されない権利」については、次のように述べる。

「国が、国民に対し、正当な理由がないのに氏の変更を強要することが、法的保護に値する国民の権利又は人格的利益を損なうことは明らかである」。「しかし、人の氏は、出生等に伴い、法律の規定に従って付与されるものであり」、「その後の身分関係の変動……に伴って変動すること……も

想定されているものであり……変動可能性のあるものとして制度設計されている。」「氏自体は法令による規律を受ける制度というべきである。」「したがって、『氏の変更を強制されない権利』もまた、法制度を離れた生来的、自然権的な自由権として憲法で保障されているものではない」。しかしながら、「時代の推移によって、憲法一三条の定める……権利として、新たに保障されるものと認められる余地もある」。この問題を巡る現在の状況を見ると、「選択的夫婦別氏制度の導入を求める国民意識が相当程度高まっていることは否定できない状況にあるというべきであり」、諸外国の動向をみても、「我が国のような夫婦同氏とする法制は極めて少数であることが認められる」。しかしながら、「最近の国民の意識として、必ずしも選択的夫婦別氏制度の導入に賛成する者が大勢を占めるに至っておらず、むしろ、……同氏になることに積極的な意義を見いだす国民が相当程度存在することは軽視できない」。以上の検討から、少なくとも現時点では、「氏の変更を強制されない権利」は、いまだ個人の人格的生存に不可欠であるとはいえず、したがって、「いまだ憲法一三条によって保障される具体的権利として承認すべきものではない」とはいえない。そうすると、憲法一三条に基づき上記権利が保障されているとして、民法七五〇条が憲法違反であるとする……主張は、採用することができない。」

次に、憲法二四条と「婚姻の自由」については、次のように述べる。

憲法二四条は、「婚姻関係における夫と妻とが実質上同等の権利を享有することを期待した趣旨の規定と解すべく、個々具体の法律関係において常に必ず同一の権利を有すべきものであるというまでの要請を包含するものではないと解するのが相当であり、……家族に関する諸事項について憲法一四条の平等原則が浸透していなければならないことを立法上の指針として示し、その実現を法律に委ねている規定であると解すべきである。」「したがって、『同条によって直接、何らの制約を受けない『婚姻の自由』が保障されていると解することはできない」。そうすると、民法七五〇条が「婚姻の自由」に反するとする主張も採用することができない。

また、「民法七五〇条は、婚姻しようとする男女に対し、婚姻後にいづれか一方の婚姻前の氏を称することを、当該男女間の自由かつ平等な意思に

基づく協議の結果に基づき届け出ることを定めた規定にすぎ（ず）」、同条の立法目的（氏による共同生活の実態という習俗の継続や家族の一体感の醸成ないし確保）には正当性が認められ、夫婦が「いずれか一方の婚姻前の氏を称することは、旧来から社会的に受容されてきており、現時点においても国民の支持を失っていないといえる」ことから、「上記の立法目的を達成するための手段の相当性も認めることができる」。「したがって、民法七五〇条は、憲法二四条が示している指針を実現したものと評価できるから、このような観点からも、同条に反するものとはいえない。」

以上の検討から、「氏の変更を強制されない権利」は、憲法一三条によって保障された具体的権利とはいえず、「婚姻の自由」は、憲法二四条によって保障されている権利とはいえない。したがって、国会議員らが民法七五〇条を改正して選択的夫婦別氏制度を導入していない立法不作為は、国家賠償法上の違法な行為には該当しないので、控訴人らの主張は採用できない。

女子差別撤廃条約については、条約は、「締結国の国民に対し、直接権利を付与するような文言になっておらず、国内法の整備を通じて権利を確保することが予定されているから」、条約によって、「控訴人らの主張する権利が我が国の国民に対して保障されているとはいえず、控訴人らの主張も、採用することができない」、とする。

以上のような判断に基づき、東京高裁は、控訴を棄却した。

事件は上告され、審理の舞台は最高裁へ移った。二〇一五年二月十八日、最高裁第三小法廷は、この訴訟の審理を大法廷に回付した。同日、同じく第三小法廷は、女性のみ六箇月間の再婚禁止期間を定める民法七三三条が「法の下平等」を保障した憲法に違反するとして国に損害賠償を求めている訴訟についても、大法廷に回付した。同氏強制と女性のみ再婚禁止期間に関する両規定について、最高裁において、初めての憲法判断が示されようとしている。六月二十五日、最高裁大法廷（裁判長・寺田逸郎長官）は、原告側と被告側の双方から意見を聞く弁論の期日を、一月四日に指定した。

おわりに

選択的夫婦別氏制度の導入を認めた民法改正要綱の決定から、二〇年が経とうとしている。別氏制導入への反対から、民法改正全体が停滞したままである。しかし、改正への動きは、徐々にではあるが、進みつつある。とりわけ、非嫡出子差別が解消の方向へ動き始めている。

一九九五年三月一日から、住民票記載における嫡出子（長男・長女と記載）・非嫡出子（子）・養子の区別が廃止され、すべて「子」に統一されることになった。戸籍についても、二〇〇四年一月一日から、非嫡出子の記載（男・女）を嫡出子にあわせ、母を基準として「長男」「長女」等と記載することになった。

二〇〇八年六月四日、非嫡出子の日本国籍取得につき嫡出子と異なる取扱いを定めた国籍法第三条第一項が憲法第一四条第一項に違反するとの最高裁大法廷判決が出され、これにより、同年二月、国籍法第三条第一項は改正された（二〇〇九年一月一日施行）。

このような流れを受けて、二〇一三年九月四日、最高裁大法廷は、全員一致で、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の相続分の二分の一とする民法第九〇〇条第四号ただし書前段は、遅くとも平成一三年七月（本件相続開始時）当時において、憲法第一四条第一項に違反していた、とする決定を下した³³。そして、同年一二月、ただし書き前段を削除して非嫡出子の法定相続分を嫡出子と同等とする民法改正が行われた（二〇一三年一二月一日公布・施行）。非嫡出子法定相続分の嫡出子との同等化は一九九六年の民法改正要綱に盛り込まれていたが（要綱第十）、選択的夫婦別氏制度の導入に次いで強い反対を受けていた。この違憲判決によって、非嫡出子の相続分差別の規定は、他の規定に先駆けて、改正に至ったのである。第七五〇条及び七三三条について、最高裁はどのような判断を下すのだろうか。

註

（1）我妻栄編『戦後における民法改正の経過』日本評論新社、一九五六年、昭和一・竹

- 下史郎「新民法の成立」（『講座 家族問題と家族法Ⅰ 家族』 酒井書店、一九五三年）、依田精一『家族思想と家族法の歴史』吉川弘文館、二〇〇四年、和田幹彦『家制度の廃止―占領期の憲法・民法・戸籍法改正過程―』信山社、二〇一〇年、等参照。
- (2) 単なる個人の呼称かどうかについては、意見の対立がある。我妻榮「家と氏と戸籍」『民法研究Ⅶ』 親族・相続 有斐閣、一九六九年、唄孝一「戦後改革と家族法（唄孝一・家族法著作選集 第一巻）」（日本評論社、一九九二年）第五章、久貴忠彦・右近健男・浦本寛雄・中川良延・山崎賢一・阿部徹・泉久雄『民法講義Ⅶ 親族』有斐閣、一九七七年、二七～二八頁等。
- (3) 明治民法においては、氏に関する規定は、「家」の氏を定めた七四六条一箇条だけであり、人は、どの「家」に属するかによって称する氏が自動的に確定した。「家」の氏がなくなった新法では、氏は、夫婦の氏（第七五〇条）、子の氏（第七九〇条）、養子の氏（第八一〇条）と、個別に規定されることになった。
- (4) 民法改正作業において、当初は夫の氏を称することを原則としていたが、批判を受けて、「夫又ハ妻ノ氏ヲ」選択できるよう修正されていた。改正経過の詳細は、唄前掲書第六章参照。
- (5) 西村信雄『戦後日本家族法の民主化（上巻）』（法律文化社、一九七八年）四六頁以下。
- (6) 養子とすることができないのは、尊属又は年長者だけであり（第七九三条）、「家」のための養子であった成年者養子を禁止する条項はおかなかった。
- (7) 西村前掲書、六七頁、八〇頁。
- (8) 昭和三七法律第四〇号により、「子」と改正された。
- (9) 明治民法においても、家族（＝非戸主）の死亡により開始する「遺産相続」は、単独相続ではなく均分相続制を採っていた。遺産相続の順位は、①直系卑属（親等の近い者が先順位）、②配偶者、③直系尊属（親等の近い者が先順位）、④戸主であり（第九九四条、九九六条）「同順位ノ相続人数人アルトキハ其各自ノ相続分ハ相均シモノトス」と規定されている（第一〇〇四条）。家督相続と異なり、遺産相続においては、男子優先・長子優先は適用されず、家籍の異同も考慮されない。但し、非嫡出子の相続分は嫡出子の相続分の二分の一とされ（第一〇〇四条但書）、この規定が改正民法にも引き継がれた。
- (10) 夫婦の一方が死亡した場合、生存配偶者が姻族関係を終了させる意思を表示したとき、姻族関係が終了する（第七二八条第二項）。この場合、氏の変動はないが、祭祀財産に対する権利は失うわけである。
- (11) 島津一郎・安部徹編『新版 注釈民法（22） 親族（2）』有斐閣、二〇〇八年、一六一頁。
- (12) 第二〇一回国会衆議院法務委員会議録第五号三三頁。なお、この法律により、国籍法については、出生による国籍取得に関して、父系血統主義から父母両系血統主義への改正等が行われている。
- (13) 第四項は、外国人の父又は母の氏に変更しようとする場合について規定するもので、第一項の規定が準用される。
- (14) 図書館情報大学は、一九七九年に開学し、二〇〇二年、筑波大学と統合した。
- (15) 関口礼子「通称使用の現実と限界」『現代のエスプリ』二六一号（至文堂、一九八九年）七六頁。
- (16) 『判例時報』一四八六号二頁。
- (16-2) 同右、四二～四三頁。
- (17) 加藤富子「私の『夫婦別姓』実践記」『現代のエスプリ』二六一号（至文堂、一九八九年）。加藤氏は、一九五四年に自治省の上級職職員として採用され、一九六〇年に結婚したが、夫の氏を婚氏とする婚姻届出以後も、旧姓を継続使用した。昇任等の辞令も旧姓で出され、外国出張の場合も旧姓で公用旅券が発行されている。旧姓が、同一性を把握する手段として機能していたのである。また、加藤氏の例が前例として、他の職員にも適用された。
- (18) 水野紀子「夫婦別姓訴訟―氏名権妨害排除等の請求」『法律時報別冊 私法判例リマックス1995（上）』七九頁。
- (19) 旧姓使用ができる文書等に「通勤届、扶養親族届、児童手当、住居届、単身赴任届」が追加されている。また、「自分の間旧姓を使用することができない文書」として、「他省庁又は他機関の所管する制度等により、戸籍上の氏名を使用することとされているもの（税金関係文書、共済事業関係文書、財形貯蓄関係文書、公用旅券関係文書、行政事件訴訟関係文書、保険関係文書）。その他旧姓使用を行うことが困難であると人事課長が判断するもの。」を挙げている。
- (20) http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/josi/3b_004.html
- (21) 『ジュリスト』一〇一五号三〇五頁。
- (22) 『ジュリスト』一〇五〇号二一四頁。
- (23) 『ジュリスト』一〇七七号一六七頁。
- (24) 『ジュリスト』一〇八四号二六頁。
- (25) http://www.moj.go.jp/shingij/shingij_960226-1.html
- (26) 非嫡出子法定相続分の嫡出子との同等化（要綱第十）にも、強い反対があった。
- (27) http://www.gender.go.jp/about_danjo/basic_plans/1st/index.html
- (28) <http://www.gender.go.jp/kaigi/sennon/kihon/yousi/pdf/bessi-chukan.pdf>
- (29) http://www.gender.go.jp/about_danjo/basic_plans/3rd/index.html
- (30) 『判例時報』二一九六号六七頁。
- (31) 自由に配偶者を選択し及び自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利 (http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/josi/3b_004.html)
- (32) DI-Law.com 第一法規法情報総合データベース 判例ID 28231049
- (33) 同時に、この違憲判断は、本件相続開始時から本決定までの間に開始された他の相続について、既に確定された法律関係に影響を及ぼすものではない、とされた。
- 【付記】本稿提出後、最高裁大法廷において、①民法七五〇条の規定は、憲法一三条、一四条一項、二四条に違反しない、②民法七二三条一項の規定のうち一〇〇日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法一四条一項、二四条二項に違反しない（一〇〇日を超える部分は、上告人が再婚をした平成二〇年当時において違反するに至っていた）とする、二つの判決が出された（二〇一五年二月一六日）。①については、五人の裁判官が、民法七五〇条は憲法二四条に違反するとの意見を、②については、二人の裁判官が、民法七二三条一項の全部が憲法一四条一項及び二四条二項に違反するとの意見を述べている（裁判所ウェブサイト掲載判例参照）。

On the surname of husband and wife

KONDO Kayoko

要 旨

現行民法第750条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。」と規定し、「夫婦同氏制」を採用している。夫の氏又は妻の氏のどちらを婚氏＝夫婦の氏とするかは、当事者の選択に任されているが、現実には、約96パーセントの夫婦が夫の氏を選択している。他方、この規定は、夫婦同氏を「強制」するものでもある。いずれかの氏を選択しなければ、婚姻届は受理されないのである。この同氏強制を不都合とする夫婦が、次第に増加してきた。1996年（平成8）、法制審議会は、選択的夫婦別氏制を含む民法改正要綱をとりまとめ、法務大臣に答申を行った。しかし、改正は未だ実現していない。現在では「当然」のように言われている夫婦同氏制は、1898（明治31）年の民法施行に始まる。日本は、それまで、夫婦別氏制の国であった。夫婦別氏から同氏への制度転換は、どのような意図を持って為されたのか。そもそも、「氏」が、近代国家政策において、どのような意義を持たされたのか。

本稿は、日本近・現代国家の家族政策を、「氏」とくに「夫婦の氏」の視点から考察する。明治初年、民法典編纂過程、戦後改革、そして現在に至る迄を考察対象とする。本巻においては、戦後改革から現在に至る迄を考察する。

Key words：「家」制度の廃止、同氏強制、選択的夫婦別氏制

（平成27年9月30日受理）